
Marco Marianello

AUTONOMIA PRIVATA ED AUTO-COMPOSIZIONE DEI CONFLITTI

Sintesi

a) *I procedimenti complementari di composizione dei conflitti*

I modelli di composizione non contenziosa assolvono, all'interno del nostro ordinamento, ad una finalità diversa rispetto alla funzione ancillare o "alternativa" nei confronti degli strumenti di tutela su base giurisdizionale, rivestendo una peculiare natura "complementare" rispetto a questi ultimi. Ciò consente alle parti di instaurare un dialogo su basi costruttive e di mantenere una forma di controllo sul relativo procedimento, consentendo alle stesse di adire successivamente, in caso di esito negativo, l'autorità giudiziaria. La funzione teorica di "equivalenti del processo civile" svolta dagli strumenti di composizione non contenziosa, tuttavia, non garantisce un'estensiva applicazione degli stessi sul piano pratico, atteso che i predetti rimedi potranno costituire un reale strumento deflattivo dei procedimenti giudiziari soltanto qualora risultino regolamentati in modo tale da garantire il contraddittorio, l'imparzialità e l'equo trattamento degli interessi di tutte le parti in gioco.

b) *Lo sviluppo delle procedure extragiudiziali consisterà in un cambiamento etico-culturale*

Lo sviluppo dei procedimenti complementari di composizione dei conflitti richiederà necessariamente un cambiamento culturale da parte di tutti gli operatori economici e dei professionisti, non potendo risultare influenzato esclusivamente da fattori contingenti, quali i costi eccessivi e la durata ir-

(*) Per esigenze redazionali i contributi della presente Rubrica sono precedenti alla Circolare del Ministero della Giustizia del 27 novembre 2013, prot. 168322.

ragionevole dei procedimenti civili. Il ricorso a tali strumenti, infatti, dovrebbe ritenersi auspicabile anche in presenza di una giustizia efficiente, dal momento che gli stessi costituiscono dei rimedi complementari di auto-composizione posti dall'ordinamento a disposizione dei consociati.

Sommario: 1. Dalle ADR (Alternative Dispute Resolution) alle CDC (Complementary Dispute Composition). - 2. I principali modelli di CDC. - 3. Il ruolo dei professionisti legali. - 4. Considerazioni conclusive.

1. *Dalle ADR (Alternative Dispute Resolution) alle CDC (Complementary Dispute Composition)*

La tradizione giuridica di *common law* indica con l'acronimo ADR (*Alternative Dispute Resolution*) alcuni modelli di auto-composizione delle controversie.

Tali procedimenti, da un lato, si sono storicamente sviluppati in conseguenza della crisi endemica raggiunta dalla giustizia statale (1) e, dall'altro, hanno risentito l'influsso del sensibile incremento dei processi di internazionalizzazione e di *deregulation* dei rapporti negoziali.

L'elevata conflittualità presente all'interno della compagine sociale (2), dovuta sia alla frammentazione del sistema giuridico che all'elevato sviluppo dei traffici economici, sta provocando una progressiva paralisi del tradizionale "sistema giustizia", il quale si sta dimostrando sempre più inadeguato a fornire un servizio tempestivo ed efficiente.

Occorre evidenziare, inoltre, che l'equivoco terminologico introdotto dal formante dottrinale tramite la traduzione letterale dell'acronimo ADR, attesa la chiara formulazione dell'art. 24 Cost. (3), si fonda sulla funzione teleologica dell'istituto, sottesa alla composizione amichevole delle controversie.

D'altronde l'obiettivo di favorire un migliore accesso alla giustizia costituisce un preciso intento anche del legislatore comunitario (Direttiva n. 2008/52/CE, relativa alle controversie transfrontaliere in materia civile

(1) Newmark C., *International ADR: a flourishing field*, in *Cross-border Quarterly*, 2007, 29, «Alternative Dispute Resolution is an umbrella term for any process other than litigation, arbitration or direct negotiation between the parties, which is used to resolve a dispute. There are a number of different ADR processes. However, of these, mediation is the most common and the term ADR is often used to refer to mediation».

(2) Resta E., *Il diritto fraterno*, Roma-Bari, 2005, p. 5, «La fraternità (...) non è altra cosa rispetto al diritto, né assume le vesti di un altro diritto, ma ne è forse il cuore segreto, tanto più centrale quanto più la soluzione dei problemi appare legata a dimensioni planetarie».

(3) Pagni I., *Mediazione e processo nelle controversie civili e commerciali: risoluzione negoziale delle liti e tutela giudiziale dei diritti*, in *Soc.*, 2010, p. 620, «Senza trascurare la necessità che la tutela dei diritti, quando non vi sia spazio per la soluzione negoziale, sia in ogni caso garantita nelle forme dell'art. 24 Cost., il decreto ha valorizzato quella peculiare forma di risoluzione delle liti che consiste invece nel raggiungimento di un accordo. Una valorizzazione che è realizzata (...), come suggerisce la direttiva comunitaria, incoraggiando le parti, e i loro consulenti, a considerare la possibilità che, anziché introdurre subito il giudizio, si tenti prima di raggiungere un accordo bonario, avvalendosi dell'ausilio di un mediatore, terzo e imparziale, perché questi può colmare la distanza tra le posizioni dei litiganti, individuando, attraverso colloqui separati con ciascuno di essi, i possibili punti d'incontro delle volontà».

e commerciale), che si prefigge la finalità di facilitare tale intento sia attraverso la promozione del ricorso delle parti a strumenti non contenziosi aventi carattere transnazionale, sia attraverso un raccordo tra questi ultimi e le procedure giurisdizionali (4).

Lo sviluppo dei fenomeni della contrattazione c.d. "di massa" e della normativa di settore emanata a tutela del contraente c.d. "debole", inoltre, hanno favorito l'emersione di vaste aree di micro-conflittualità che non possono essere affidate a forme tradizionali di risoluzione delle controversie, dal momento che gli elevati costi e la notevole durata dei procedimenti rischiano di non fornire una risposta adeguata alle molteplici istanze provenienti dai singoli consumatori.

Il recupero di importanti spazi di autonomia da parte dei privati, pertanto, si manifesta funzionale non soltanto alla regolazione e disposizione dei propri interessi (5), ma anche al superamento ed alla composizione delle eventuali controversie insorgenti tra le parti medesime (6).

(4) **Caponi R.**, *La giustizia civile alla prova della mediazione (a proposito del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28)*, in *Foro it.*, 2010, V, p. 89, «La mediazione/conciliazione incontra un notevole supporto nelle Istituzioni dell'Unione Europea. Il d.lgs. 28/10 si presta ad attuare la direttiva comunitaria del 21 maggio 2008, relativa alla mediazione delle controversie transfrontaliere. Tutti gli aspetti toccati dalla direttiva sono recepiti: la conciliazione delegata (art. 5, 2° comma), l'efficacia esecutiva dell'accordo conciliativo (art. 12); la riservatezza (artt. 9 e 10); oltre all'effetto sui termini di prescrizione e di decadenza». **Comoglio L.P.**, *Mediazione e accesso alla giustizia*, in *La mediazione. Profili sistematici e potenzialità applicative* (a cura di Bulgheroni C.-Della Vedova P.), Roma, 2012, p. 13 ss., «Il nucleo essenziale (o, se si preferisce, il *Wesensgehalt*) di questa basilare espressione concettuale – pur variamente resa dalle lingue dell'Unione (*access to justice*, *accès à la justice*, *Zugang zum Recht*, *acesso a la justicia*, *acesso à justiça*, e così via) – è rappresentato da quel diritto-potere di azione giurisdizionale, secondo il quale (nel sistema italiano di garanzie attinenti al "giusto processo": artt. 2, 24, 1°-3° comma, 25, 1° comma, 101, 102-108, 111, 1°-2° comma, 113 Cost.) "tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi". Ma il medesimo principio, ovviamente, si ricava dall'art. 6, § 1, della Convenzione europea del 1950, nonché da altri strumenti convenzionali internazionali». **Albanese A.**, *Dalla giurisdizione alla conciliazione. Riflessioni sulla mediazione nelle controversie civili e commerciali*, in *Europa dir. priv.*, 2012, p. 243 ss., «il procedimento di mediazione si differenzia ulteriormente dall'attività giurisdizionale, in quanto, ove abbia esito positivo, si conclude con un atto di volontà delle parti, non con la decisione eteronoma di un organo pubblico».

(5) Sul fenomeno di progressiva erosione dell'apporto privato in ordine alla regolamentazione dei rapporti negoziali si rinvia, in senso critico, a **Spadafora A.**, *La regola contrattuale tra autonomia privata e canone di buona fede*, Torino, 2007, p. 10, secondo cui «valore decisivo assume un dato emergente dal sistema dei Principi di diritto europeo dei contratti. Esso è legato all'agevole constatazione che l'assetto di interessi divisato dai contraenti è, qui, ben lungi dal costituire un'entità intangibile *ab externo*: anziché cristallizzarsi su quanto stabilito al momento della genesi dell'atto, il programma convenzionale è infatti riplasmabile, rimodulabile, in forza di interventi di integrazione e di adeguamento *ope iudicis* (governati – come si avrà modo di illustrare – dal canone *ex fide bona*), talché sembrerebbe addirittura profilarsi un indebolimento della volontà individuale nella determinazione degli effetti negoziali». Si rinvia anche a **Bucelli A.**, *Autonomia privata e mediazione conciliativa*, in *Quaderni di giurisprudenza*, 2011, II, p. 21 ss..

(6) **Ferri G.B.**, *Decisione negoziale e giudizio privato*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, I, p. 18, «riconoscimento o autorizzazione altro non sono che finzioni prive di fondamento. Nella realtà, la rete di valori generali, che l'ordinamento statale predispone, per consentire la propria tutela agli atti di autonomia privata e i valori, del tutto particolaristici, che quest'ultimo esprime, muovono da esigenze, finalità e logiche diverse, destinate, per altro a non incontrarsi. La tutela che il sistema dell'ordinamento statale offre, alle regole private, si riduce, a ben vedere, in caso di violazione dei patti privati assunti, di una "action en justice", con riguardo a quegli atti di autonomia negoziale dei cui valori sia possibile, *ex post*, constatare la compatibilità con i valori espressi dall'ordinamento statale».

Ciò risulta coerente con i principi generali immanenti al nostro ordinamento, dal momento che il concreto esercizio dei diritti soggettivi presuppone la speculare esistenza di un sistema di rimedi, mediante i quali vengono sopperite le carenze di cooperazione che si verificano nell'ambito della corretta esecuzione dei rapporti giuridici (7).

Le parti, fatta eccezione per la tutela dei c.d. diritti indisponibili (caratterizzati dall'inalienabilità *inter vivos*, intrasmissibilità *mortis causa*, irrinunciabilità, impignorabilità, inusucapibilità, imprescrittibilità) (8), restano libere di conservare il pieno controllo sugli atti posti in essere mediante l'esercizio della propria autonomia e, pertanto, possono decidere di addivenire a forme di auto-composizione o etero-composizione dei propri interessi che, pur situandosi al di fuori del fenomeno giurisdizionale, trovano eguale riconoscimento sotto il profilo costituzionale (9).

(7) Di Majo A., *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2001, p. 7, «va anche ridimensionata la storica contrapposizione *sub specie tutelae* tra diritto e processo, giacché, se non è certo il processo la sede nella quale si definiscono e qualificano i bisogni di tutela, bensì la legge sostanziale, e con riferimento ai rimedi ivi conosciuti, è tuttavia il processo la sede in cui tali scelte sono destinate a tradursi in tecniche e forme adeguate».

(8) Per un'ampia disamina Cuomo-Ulloa F., *La conciliazione, Modelli di composizione dei conflitti*, Padova, 2008, p. 459 ss., «Fatta eccezione per alcune sporadiche deviazioni, in particolare la dottrina nostrana è perlopiù orientata a ritenere che la condizione essenziale perché la conciliazione possa legittimamente operare nel nostro sistema sia il carattere disponibile dei diritti controversi, non potendo le parti validamente ricorrere allo strumento conciliativo per risolvere controversie che riguardino diritti, per legge o per natura, sottratti al potere di disposizione delle parti. La giustificazione più immediata del binomio conciliazione/disponibilità dei diritti si fa discendere dalla ritenuta natura negoziale dell'istituto, dalla quale deriverebbe – al pari di quanto accade per tutti i negozi di diritto privato – un limite alla libertà e all'autonomia dei privati (...). La nitidezza di questa soluzione si attenua però nel momento in cui, dalla definizione del principio si passa a trarne le conseguenze applicative: viene, infatti, in considerazione il problema, tra i più controversi nella dottrina civilistica e processualcivilistica, della individuazione dei limiti del potere di disposizione dei diritti, ossia della delimitazione e del riempimento della categoria dei cosiddetti diritti indisponibili. Al di là della facile individuazione dei diritti personalissimi, quali il diritto alla vita o all'integrità fisica e della già meno agevole selezione dei diritti attinenti ai rapporti di famiglia, le incertezze maggiori si incontrano nel momento in cui, abbandonata la categoria dei diritti non patrimoniali, ci si addentra nel terreno dei diritti aventi contenuto patrimoniale, nel tentativo, non sempre fecondo, di individuare il discrimine tra posizioni soggette al libero dominio dei privati e posizioni per natura o per legge sottratte all'autonomia privata». Secondo Comoglio L.P., *op. cit.*, 16, «la mediazione si configura, per la tutela di diritti o di interessi "disponibili", come un procedimento (per così dire) di "volontaria giurisdizione", interamente affidato, con l'insorgere della lite, all'iniziativa ed alla gestione "dispositiva" delle stesse parti, sebbene venga lasciata alle legislazioni nazionali la potestà discrezionale di prevedere che l'organo giurisdizionale adito possa *in limine litis* non soltanto rammentare alle parti la possibilità di ricorso ad una "mediazione", ma anche, quando occorra, fissare un termine massimo per l'esaurimento della relativa procedura *extra iudicium*». Santagada F., *La conciliazione delle controversie civili*, Bari, 2008, p. 197 ss., evidenzia la difficoltà di «enucleare tra i diritti quelli c.d. indisponibili, che devono restare al di fuori della conciliazione. Se, infatti, è pacifico in dottrina e giurisprudenza il carattere indisponibile dei diritti della personalità, delle potestà, degli *status* personali, nonché del diritto agli alimenti – inteso quest'ultimo quale diritto di natura patrimoniale discendente *ex lege* dallo stato di genitore, figlio e coniuge – essendo tutti volti a salvaguardare un interesse che trascende quello del soggetto che ne è titolare, non v'è, ad esempio, altrettanta convergenza di opinioni riguardo alla natura dei diritti derivanti da norme costituzionali o da norme inderogabili».

(9) Bianca C.M., *Diritto Civile*, III, Milano, 1991, p. 32 ss., «La libertà negoziale rimane comunque un valore costituzionale e le sue limitazioni devono appunto essere socialmente giustificate, risolvendosi altrimenti nella lesione di un diritto fondamentale della persona. La tutela della libertà negoziale rileva anche nei rapporti di diritto privato, rendendo illecite

Ne consegue che le ADR non debbono essere considerate quali strumenti antitetici e contrapposti al sistema tradizionale di tutela dei diritti, la cui attuale inadeguatezza non appare rispondere alle esigenze sottostanti ad una moderna gestione dei conflitti (10).

I modelli di composizione non contenziosa dei conflitti, invece, non sussistono all'interno del nostro ordinamento in veste ancillare o "alternativa" rispetto agli strumenti di tutela su base giurisdizionale, bensì assolvono ad una peculiare funzione "complementare" rispetto a questi, dal momento che consentono alle parti di instaurare un dialogo su basi costruttive e mantenere una forma di controllo sul relativo procedimento, consentendo alle stesse di adire successivamente, in caso di esito negativo, l'autorità giudiziaria (11).

La funzione teorica di "equivalenti del processo civile" (12) svolta da tali strumenti, tuttavia, non garantisce un'estensiva applicazione degli stessi sul piano pratico, atteso che i predetti rimedi potranno costituire un reale strumento deflattivo dei procedimenti giudiziari soltanto qualora risultino regolamentati in modo tale da garantire il contraddittorio, l'imparzialità e l'equo contemperamento degli interessi di tutte le parti in gioco (13).

Per quanto attiene, invece, alla nozione socio-antropologica di conflitto ed indipendentemente da ogni valutazione sul significato attribuibile al predetto termine (14), quest'ultimo indica una situazione di contrasto fra diver-

le interferenze dei terzi volte ad alterare la libera autodeterminazione del soggetto e ponendo un limite di validità ai negozi mediante i quali il soggetto rinuncia alla propria libertà di disposizione».

(10) **Gulotta G.-Santi G.**, *Dal conflitto al consenso. Utilizzazione di strategie di mediazione in particolare nei conflitti familiari*, Milano, 1988, p. 7 ss., affrontano la tematica relativa ai frequenti problemi psicologici sottesi ai conflitti di tipo parentale e/o familiare.

(11) **Così G.-Foddai M.A.**, *Lo spazio della mediazione*, Milano, 2003, p. 1 ss., «Anche la nostra cultura appartiene da tempo al gruppo di quelle che hanno deciso di delegare la gestione dei conflitti sociali al diritto e ai suoi strumenti formali di decisione delle controversie. Non importa se di *civil* o di *common law*, se "accusatori" o "inquisitori", i nostri sistemi giuridici ci sembrano i soli capaci di garantire la pace e l'ordine, scongiurando al tempo stesso la necessità di ricorrere a interventi di controllo eccessivamente repressivi, o addirittura totalitari. Tuttavia è proprio dall'interno della più proceduralista tra le culture giuridiche moderne, quella americana, che si sono sviluppate le reazioni alternative più significative alla razionalità procedurale-formale. Sono ormai più di trent'anni che i metodi informali di risoluzione delle controversie – in particolare quelli basati sul modello della *mediation* conflittuale – trovano ampia applicazione negli ordinamenti anglosassoni, e specialmente in quello statunitense». **Pagni I.**, *op. cit.*, 620, «Per quanto sia da condividere la considerazione che la diffusione dello strumento conciliativo non abbia semplicemente funzione deflattiva, ma sia complementare al processo, perché, da un lato, contenendo l'abuso del diritto alla tutela giurisdizionale, favorisce la sollecita amministrazione della giustizia civile, dall'altro, e per converso, presuppone il buon funzionamento della stessa, dal momento che la prospettiva di una tutela giurisdizionale efficiente tende a scoraggiare strategie ostruzionistiche nell'attuazione del rapporto sostanziale e ad incoraggiare soluzioni stragiudiziali della lite consensualmente definite».

(12) **Carnelutti F.**, *Istituzioni del processo civile italiano*, Roma, 1956, p. 60 ss..

(13) **Taruffo M.**, *Adeguamenti delle tecniche di composizione dei conflitti di interesse*, *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1999, p. 791, individua in tali strumenti i prodromi di un ulteriore abbandono della giurisdizione da parte dei soggetti coinvolti nei conflitti.

(14) **Troisi C.**, *Autonomia privata e gestione dei conflitti*, Napoli, 2007, 16 ss., «Nell'ottica della mediazione, il conflitto non ha un'accezione negativa; esso è considerato, semplicemente, come un evento della vita che può sia avere effetti di crescita e di evoluzione sia risultare distruttivo quando non viene gestito o è gestito male, sì che le dinamiche portano ad una dissoluzione della struttura entro cui esso si è verificato. Il conflitto è una "situazione" e in quanto

genti interessi, che può trovare un diverso grado di componimento a seconda della complessità e/o del sistema “flessibile” di controllo che le parti intendono esercitare sul medesimo (15).

Tale contrasto, infatti, non deve essere necessariamente appianato attraverso l'utilizzazione di precetti giuridici, bensì può essere gestito anche tramite l'utilizzo di procedure informali di composizione, funzionalmente indirizzate alla ricerca di soluzioni condivise e spontaneamente osservate dalle parti (16).

Per le ragioni sopra specificate appare plausibile modificare l'acronimo ADR (e la conseguente traduzione letterale) nel neo-acronimo CDC (Complementary Dispute Composition), ovvero intendere tali rimedi nell'accezione di procedimenti complementari di composizione dei conflitti (17).

2. I principali modelli di CDC

I diversi modelli di CDC si differenziano tra loro sia per la differente natura e struttura giuridica che per il loro diverso grado di autonomia, il quale raggiunge la massima espansione nella negoziazione sino a degradare nella mediazione e, da ultimo, nel procedimento arbitrale.

tale va affrontata, gestita, magari attraverso lo strumento della mediazione; tale strumento si distingue dagli altri interventi diretti a ridurre o eliminare il conflitto poiché questi considerano il conflitto come “problema” invece che come situazione. In altri termini, la maggior parte delle tecniche tradizionali di risoluzione dei conflitti rivolgono la loro attenzione alla modalità con cui si manifesta il conflitto, alle sue conseguenze problematiche invece che al conflitto in sé».

(15) Per la nozione di *flexible droit* si rinvia a **Carbonnier J.**, *Flessibile diritto*, Milano, 1997, p. 5 ss., «Occorre ridurre la pressione giuridica, modificare al contempo il tipo di norme (...). La questione del non-diritto è una questione di equilibrio. Ma non si auspica in nessun modo un mondo senza regole. Solo, si invocano altre regole, più naturali, naturali per necessità, che gli individui osserveranno spontaneamente».

(16) Secondo **Fisher R.-Shapiro D.**, *Il negoziato emotivo*, Milano, 2012, p. 5, le emozioni rivestono un ruolo determinante all'interno del procedimento di negoziazione poiché «Negoziamo ogni giorno, che si tratti di decidere dove andare a cena, quanto spendere per una bicicletta di seconda mano o quando licenziare un dipendente. E proviamo sempre delle emozioni. Queste possono essere positive, come la gioia o la soddisfazione, o negative, come la rabbia, la frustrazione o i sensi di colpa. Quando negoziamo con gli altri, come dobbiamo gestire le emozioni, nostre e altrui? Per quanto cerchiamo di ignorarle, non svaniranno: potranno essere causa di distrazione, di dolore e del fallimento del negoziato, e anche distogliere la nostra attenzione da una questione importante che invece dovremmo cercare di risolvere sul momento. Eppure, quando negoziamo in modo formale o informale, abbiamo troppe cose a cui pensare per poter analizzare ogni singola emozione e decidere come affrontarla. È difficile gestire i sentimenti che si scatenano dentro di noi».

(17) **Greco A.**, *La via italiana alla mediazione alla luce del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 e del d.m. 18 ottobre 2010, n. 180*, in *Obbl. e contr.*, 2011, p. 362, secondo cui «Dal punto di vista terminologico, tuttavia, la qualificazione dell'istituto come metodo di risoluzione delle controversie “alternativo” rispetto al procedimento giudiziario non è del tutto corretta e potrebbe ingenerare qualche confusione». Anche il punto 9) del Libro Verde della Commissione Europea, relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale del 19 aprile 2002, recita testualmente che «L'ADR svolge un ruolo complementare rispetto ai procedimenti giurisdizionali, in quanto i metodi adottati nell'ADR spesso sono più adatti alla natura delle controversie. L'ADR può così permettere alle parti d'instaurare un dialogo che sarebbe altrimenti stato impossibile, e di valutare esse stesse l'opportunità di fare ricorso al giudice».

Tralasciando gli aspetti relativi alla natura e struttura giuridica, occorre ribadire che – per quanto attiene all’elemento volontaristico –, l’autonomia privata trova il suo massimo grado di esplicazione nella fase della negoziazione, all’interno della quale le parti mantengono il pieno controllo della procedura e procedono all’autoregolamentazione dei propri interessi (18).

Tale modalità di gestione dei conflitti si palesa valida fino a quando i soggetti coinvolti collaborano attivamente alla risoluzione dei problemi, mantenendo un dialogo costruttivo e scambiandosi reciprocamente ogni informazione utile alla gestione delle problematiche emerse nella fase del reciproco confronto (19).

La mediazione, invece, consiste in un procedimento mediante il quale le parti tentano di addivenire alla composizione della controversia avvalendosi dell’operato di un terzo soggetto – il mediatore – estraneo alla questione ed equidistante dai contrapposti interessi, il quale coadiuva gli istanti al ripristino dei flussi comunicativi ed all’esame di nuove opzioni negoziali, per poi pervenire – in una fase successiva ed eventuale – ad un’ipotesi di intesa (20 21).

(18) Fisher R.-Ury W., *Getting to yes*, New York, 1991, p. 6, «Bargaining over positions creates incentives that stall settlement. In positional bargaining you try to improve the chance that any settlement reached is favorable to you by starting with an extreme position, by stubbornly holding to it, by deceiving the other party as to your true views, and by making small concessions only as necessary to keep the negotiation going. The same is true for the other side. Each of those factors tends to interfere with reaching a settlement promptly. The more extreme the opening positions and the smaller the concessions, the more time and effort it will take to discover whether or not agreement is possible».

(19) Rumiati R., *Decisioni manageriali*, Bologna, 2010, p. 170, «Nella realtà organizzativa, la soluzione dei conflitti è spesso condizionata dal fatto che i contendenti non possono assumere posizioni ultimative o non cooperative, dovendo spesso continuare a convivere e probabilmente a cooperare in altre circostanze». Luhmann N., *Sistemi sociali*, Bologna, 1990, p. 596, «Parleremo di conflitti ogni volta che la comunicazione viene contraddetta o, si potrebbe anche formulare, ogni volta che una contraddizione viene comunicata (...). Perché ci sia conflitto, devono dunque verificarsi due comunicazioni che si contraddicono a vicenda (...). Il conflitto si prende carico, per un certo periodo, dell’autopoiesi, cioè della prosecuzione della comunicazione».

(20) Satta S., *Dalla conciliazione alla giurisdizione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1939, I-II, p. 204 ss., evidenzia «il significato dell’intervento del terzo che si interponga tra i soggetti litiganti cooperando alla determinazione delle loro volontà. Il significato di questo ricorso è notevolissimo: si tratta non tanto di un ricorso all’autorità della persona, quanto alla sua esperienza di uomo, di un uomo che ragionando deve far sentire la ragione altrui, e attraverso la propria formare l’altrui (ragionevole) volontà».

(21) Punzi C., voce *Conciliazione e tentativo di conciliazione*, in *Enc. Dir.*, 2000, IV, p. 329, la transazione presuppone l’*aliquid datum* e l’*aliquid retentum*, «mentre la conciliazione può essere perfezionata anche con la rinuncia alla propria pretesa o con il riconoscimento integrale delle pretese altrui». Punzi C., *Mediazione e conciliazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 853, «la mediazione non viene configurata come un istituto distinto dalla conciliazione e caratterizzato dall’incontro delle parti per realizzare il loro accordo diretto, sia pure agevolato, ma solo agevolato dall’assistenza di un mediatore, laddove, invece, la conciliazione presuppone l’intervento del terzo conciliatore, che svolge un ruolo attivo, formulando una proposta, che le parti sono libere di accettare, perfezionando, con l’accettazione della proposta, la conciliazione. Affermare, infatti, che la mediazione è finalizzata alla conciliazione vuol dire attribuire alla mediazione la sola funzione di intervento di un soggetto terzo che, mediando tra le parti e formulando una proposta, svolge ciò che altro non è che un vero e proprio tentativo di conciliazione». L’art. 84 della legge 9 agosto 2013, n. 98 (con cui è stato convertito in legge, con modificazioni, il d.l. 21 giugno 2013, n. 69, recante disposizioni urgenti per il rilancio dell’economia) ha novellato l’art. 1, comma 1, lett. a), d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, fornendo la seguente definizione del procedimento di mediazione: «l’attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, anche con formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa».

Nella mediazione di tipo “facilitativo”, pertanto, si assiste all’intervento di un terzo imparziale, indipendente e neutrale, che mette in relazione i soggetti e favorisce il dialogo tra i medesimi, i quali restano liberi di raggiungere un accordo (spesso avente effetti novativi rispetto alle originarie pretese) oppure di intraprendere un’azione giudiziale (22).

La mediazione di tipo “valutativo”, invece, si caratterizza dal tipo precedente per il differente ruolo rivestito dal terzo, atteso che quest’ultimo risulta investito dalle parti del potere di proporre una soluzione alla controversia, fermo restando che le parti stesse si riservano la facoltà di accettare o rifiutare la proposta sopra indicata (23).

L’utilizzo della predetta terminologia costituisce, in ogni caso, un portato della letteratura nordamericana che, per descrivere il complesso fenomeno, utilizza le nozioni di “*facilitative*” e “*evaluative mediation*” (24).

(22) Iannicelli S., *La conciliazione stragiudiziale delle controversie: modelli differenti e dubbi interpretativi*, in *Obbl. e contr.*, 2008, p. 146, «Parlare di conciliazione senza ulteriori specificazioni è come dire tutto e niente allo stesso tempo, potendo essa stessa assumere così svariate forme da richiedere necessariamente più precise qualificazioni. Se è vero che la conciliazione potrebbe definirsi, in via di prima approssimazione, un procedimento di composizione negoziale della controversia nel quale le parti si avvalgono della cooperazione di un terzo imparziale e neutrale, è pur vero che una definizione così generica non rende testimonianza della poliedricità della stessa conciliazione». Luiso F.P., *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, Milano, 2005, vol. III, p. 2076 ss., il quale qualifica come conciliazione “ag Giudicativa” o “valutativa” (“*rights-based mediation*”) il modello che «impone al conciliatore di valutare la fondatezza delle rispettive pretese, al fine di formulare una proposta il cui contenuto, ovviamente, viene parametrato sull’opinione che il conciliatore si è fatto circa le posizioni delle parti». L’Autore osserva peraltro che «l’esperienza conosce un altro tipo di conciliazione, che potremmo chiamare – in antitesi alla conciliazione/aggiudicazione di cui sopra – come conciliazione/mediazione (oppure conciliazione “facilitativa”); oppure ancora “interest based mediation”. In essa non è rilevante la fondatezza delle pretese, ma la soddisfazione degli interessi: con tale tipo di conciliazione, si cerca di individuare quali sono i veri interessi delle parti, al di là delle pretese formalizzate (e non potrebbe essere diversamente) in termini giuridici».

(23) Caggiano A.L., *L’arbitrato e la conciliazione stragiudiziale nel settore immobiliare: disciplina e prassi in Italia*, in *Obbl. e contr.*, 2010, p. 376, «si tratta di un procedimento di composizione negoziale di una controversia nel quale le parti si avvalgono della cooperazione di un terzo imparziale e neutrale per trovare una soluzione concordata della lite e registrano, al termine di questo tentativo, il loro mancato accordo ovvero la composizione consensuale della lite stessa». Caponi R., *La conciliazione stragiudiziale come metodo di ADR (“Alternative dispute resolution”)*, in *Foro it.*, 2003, V, p. 165, «Sebbene il diverso contenuto concreto dell’attività del conciliatore non si rifletta sulla qualificazione giuridica dell’accordo conciliativo, tale diversità non è priva di risvolti prescrittivi, bensì è all’origine di una distinzione tra due modelli: un primo, in cui il conciliatore, senza rinunciare normalmente a svolgere una funzione di chiarificazione ed orientamento, si limita tendenzialmente ad avvicinare le posizioni delle parti, oppure, specie quando il tentativo minaccia di fallire, può giungere a formulare informalmente una proposta di accordo di cui non rimane traccia (in gergo conciliazione “facilitativa”); un secondo, in cui il conciliatore formula una proposta di accordo tra le parti, la quale, sebbene non vincolante, influisce di regola sulla decisione relativa alle spese nell’eventuale processo giurisdizionale (conciliazione “valutativa”)».

(24) Riskin L., *Understanding Mediators’ Orientations, Strategies and Techniques: a Grid for the Perplexed*, in *Harvard Negotiation L. Rev.*, 1996, p. 18, «mediation is commonly defined as a process in which a third party neutral assists disputing parties in reaching a mutually agreeable resolution, and that mediators normally aim to promote information exchange, promote understanding among the parties and encourage exploration of creative solutions».

La mediazione, inoltre, può essere:

- 1) facoltativa (quando viene scelta liberamente dalle parti);
- 2) giudiziale (nel caso in cui sia il giudice, con ordinanza, ad invitare le parti ad intraprendere un percorso di mediazione);
- 3) obbligatoria (quando è imposta dalla legge a pena di improcedibilità della domanda).

La prima distinzione concerne un procedimento di tipo volontario stragiudiziale ed extraprocessuale, laddove si prevede che le parti possano esperire un tentativo di mediazione prima ed indipendentemente dall'esercizio dell'azione civile. Nella seconda ipotesi si rinviene un procedimento stragiudiziale endoprocessuale, ove l'attività di mediazione è demandata ad un organismo non giudiziale su invito del giudice al quale è stata demandata la risoluzione della controversia.

Da ultimo, infine, il legislatore ha previsto una mediazione obbligatoria di tipo extraprocessuale e extragiudiziale, che opera quale condizione di procedibilità per una serie di controversie nelle materie indicate dall'art. 5, comma 1-*bis*, d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28.

Le parti, qualora siano libere di intraprendere il relativo procedimento, potranno operare con le seguenti modalità: *a*) in osservanza di una specifica clausola pattizia, mediante la quale si obbligano ad esperire il tentativo; *b*) in forma congiunta, nel caso in cui manifestino tale accordo successivamente all'insorgenza della controversia; *c*) in forma disgiunta, nel caso in cui una soltanto delle parti inviti l'altra alla mediazione dinanzi all'organismo preposto.

Occorre precisare, comunque, che la clausola di mediazione non costituisce – a differenza della clausola compromissoria – una deroga alla competenza dell'Autorità giudiziaria, ragion per cui i soggetti interessati (*in primis* i consumatori) restano liberi successivamente di agire in via processuale a tutela dei propri diritti (25).

Nell'arbitrato, invece, l'autonomia privata si espleta soltanto nella fase iniziale del procedimento, dal momento che i contendenti restano liberi soltanto di deferire la controversia a terzi mediante la sottoscrizione di un apposito negozio giuridico, denominato compromesso, oppure tramite l'inserimento della clausola compromissoria all'interno del testo contrattuale (26).

La natura aggiudicativa e la funzione eterodiretta del procedimento arbitrale, stante il carattere decisorio dello stesso, fanno sì che il ruolo dell'autonomia privata risulti maggiormente compresso rispetto ai modelli sopra delineati, rendendo tale strumento "ideologicamente" ed ontologicamente più vicino alla cultura della giurisdizione (27).

(25) **Bartolomucci P.**, *La clausola di conciliazione nei contratti dei consumatori tra vessatorietà e garanzia di accesso alla giustizia*, in *Contr.*, 2003, p. 101.

(26) **Luiso F.P.-Sassani B.**, *La riforma del processo civile*, Milano, 2006, p. 263, propendono per la generale applicabilità della disciplina codicistica anche all'arbitrato irrituale ex art. 808-ter c.p.c..

(27) **Troisi C.**, *op. cit.*, 97 ss., «L'arbitrato rientra nelle tecniche ADR ma è lo strumento "ideologicamente" più vicino ai sistemi tradizionali in virtù del suo spirito contenzioso, finalizzato a individuare le responsabilità scaturenti da una controversia attraverso una decisione presa dall'alto e imposta ai confliggenti attraverso la logica della ricostruzione del fatto e della ricerca delle norme applicabili».

Il d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 ha introdotto, infatti, sostanziali modifiche all'interno del predetto istituto, assegnando un ruolo preminente all'autonomia privata, i cui segni tangibili possono ravvisarsi in molteplici disposizioni novellate (28).

Il potenziamento dell'arbitrato quale modello alternativo di eterocomposizione delle controversie si fonda su una molteplicità di ragioni di politica legislativa, tra le quali assumono preminente importanza la particolare competenza dell'organo decisionale, i tempi ristretti per la soluzione della lite e la riservatezza del procedimento.

Tale *ratio legis*, inoltre, appare sottesa a garantire anche nei procedimenti arbitrali i principi del contraddittorio, di parità fra le parti e di imparzialità del giudicante sanciti dall'art. 111 Cost., nonché assicurare, da parte degli arbitri, il corretto esercizio di un potere simile a quello esercitato dai giudici statali (29).

All'interno dei procedimenti arbitrali occorre operare la distinzione tra un modello *ad hoc* ed uno c.d. "amministrato".

Nel primo caso sono le parti a provvedere direttamente alla nomina degli arbitri ed alla definizione di tutte le questioni riguardanti il concreto svolgimento della procedura.

La caratteristica peculiare dell'altro modello, invece, consiste nella precostituzione dell'organo giudicante, dal momento che la scelta degli arbitri viene effettuata dall'istituzione che amministra il relativo servizio. Quest'ultimo tipo appare quello preferito dal legislatore, dal momento che offre specifiche garanzie di competenza, serietà, riservatezza, maggiore imparzialità nella decisione delle liti, predeterminazione dei costi.

Nulla vieta alle parti, in virtù dell'autonomia negoziale loro riconosciuta dall'ordinamento, di creare anche nuove tipologie, risultanti dalla combinazione e/o dalla fusione tra i modelli primari sopra descritti (procedure c.d. "ibride"), oppure di prevedere una determinata sequenza procedimentale tra le medesime (procedure c.d. "multi-fase") o la partecipazione di una pluralità di soggetti al tavolo negoziale (procedure c.d. "multi-parte") (30).

(28) **Amendolagine V.**, *Riforma dell'arbitrato e sistema giurisdizionale a confronto nella risoluzione delle controversie civili*, in *Nuova giur. comm.*, 2007, p. 63, «in sede di emanazione del citato d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, è stato riscritto l'intero procedimento arbitrale, le cui nuove norme prevedono ora un nucleo di regole fondamentali per il suo corretto svolgimento, assegnando alla volontà delle parti un ruolo centrale, i cui segni tangibili possono individuarsi in molte delle nuove disposizioni, spaziando dalla previsione rimessa alle parti circa le norme che gli arbitri dovranno applicare nel corso del procedimento arbitrale, alla lingua dell'arbitrato, rimettendone la decisione agli stessi arbitri soltanto nell'eventualità in cui le parti non vi abbiano provveduto, in ogni caso, essendo (gli arbitri) comunque tenuti ad assicurare il rispetto del principio del contraddittorio, e delle pari opportunità di difesa».

(29) Per la natura privatistica del procedimento arbitrale si rinvia a Cass., S.U., 3 agosto 2000, n. 527, con nota di **Ruffini P.**, *Le sezioni unite fanno davvero chiarezza sui rapporti tra arbitrato e giurisdizione?*, in *Corr. Giur.*, 2001, p. 56 ss.. Per la teoria giurisdizionalistica, secondo cui l'arbitrato costituisce anche negli effetti un atto equiparabile alla sentenza del giudice ordinario, si rinvia a Corte cost., 28 novembre 2001, n. 376, con nota di **Canale G.**, *Anche gli arbitri rituali possono sollevare la questione di legittimità costituzionale di una norma*, in *Giur. it.*, 2002, p. 689 ss..

(30) Per la descrizione di tali modelli si rinvia espressamente a **De Palo G.-D'urso L.-Golann D.**, *Manuale del mediatore professionista: strategie e tecniche per la mediazione delle controversie civili e commerciali*, Milano, 2010, p. 43 ss..

3. *Il ruolo dei professionisti legali*

Lo sviluppo delle procedure complementari richiederà un cambiamento di natura prospettica e culturale da parte degli operatori e degli utenti, non potendo risultare influenzato esclusivamente da fattori contingenti, quali i costi eccessivi e/o la durata irragionevole dei procedimenti civili (31).

Il ricorso a tali strumenti dovrebbe ritenersi auspicabile anche in presenza di una giustizia efficiente, dal momento che gli stessi costituiscono dei rimedi complementari posti dall'ordinamento a disposizione dei consociati (32).

L'evidenza empirica (33) ha dimostrato, infatti, sia una mancata conoscenza del procedimento da parte dei partecipanti che un atteggiamento diffidente da parte dei medesimi e tali fattori rappresentano potenti elementi distorsivi alla naturale operazione di disclosure sottesa all'emersione dei reali interessi in gioco (34).

Un ulteriore fattore di sviluppo potrà essere rappresentato anche dal maggior coinvolgimento dei professionisti forensi all'interno delle procedure non contenziose, favorito dalle nuove disposizioni legislative. Questi ultimi (35), inoltre, dovranno prendere atto della crescente "fuga dal processo" (36) da

(31) **Buffone G.**, *Mediazione e conciliazione: tutte le novità in vigore dal 20 marzo 2010*, Milano, 2010, p. 31, analizza anche gli aspetti critici della mediazione, evidenziando che «è indubbio che l'istituzione di una mediazione obbligatoria abbia dei costi (e non indifferenti) che appesantiscono (e non poco) l'accesso alla giurisdizione. In primo luogo vi è un ritardo nell'accesso diretto al Giudice, posto che il procedimento di mediazione ha un tempo fisiologico di durata di quattro mesi. (...) la mediazione ha un costo che devono sopportare le parti atteso che queste hanno l'obbligo di retribuire i mediatori intervenuti nel procedimento finalizzato alla conciliazione, mediante il versamento dell'indennità prevista dalla legge (anche se la conciliazione non riesce)».

(32) **Chiarloni S.**, *Stato attuale e prospettive della conciliazione stragiudiziale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2000, p. 455.

(33) Si rinvia, a tale proposito, alla ricerca denominata "La mediazione per il sistema delle imprese", effettuata dalla Camera Arbitrale di Roma in collaborazione con il Censis, reperibile nella versione integrale al seguente indirizzo: http://www.cameraarbitraleroma.it/pagina79_studi-e-ricerche.html. Per **Marinero M.**, *La designazione del mediatore tra legislazione e prassi ministeriale*, in *Riv. Arbitrato*, 2012, p. 1023, «il rischio principale (...) è che la funzione del mediatore (...) sia sempre più ritenuta contigua a quella di un "valutatore" (aggiudicatore) piuttosto che a quella di un "facilitatore"».

(34) **Malangone N.**, *Il setting della mediazione: contesto fisico, semantico e psicologico*, in *Quaderni della mediazione*, 2011, p. 65, auspica «La concretizzazione della giustizia orizzontale, in cui le parti siedono attorno ad un tavolo accomunate, come punti di una circonferenza, dall'equidistanza dal centro-mediatore».

(35) **Militerni L.**, *L'avvocato nel procedimento di mediazione*, in *Quaderni della mediazione*, 2011, p. 15, «Se l'avvocato si vorrà ritagliare un ruolo cruciale nel procedimento di mediazione sarà necessario, da parte dei singoli interpreti della professione forense, spiccare un salto di qualità. Accanto alla tradizionale veste che l'avvocato assume in sede processuale, questi dovrà essere in grado di assumerne una nuova, improntata al dialogo e alla comprensione».

(36) **Costantino G.**, *Economia e processo: contributo alla definizione delle regole processuali nei conflitti economici*, in *Riv. trim. dir. economia*, 2009, p. 23, «Al fondo dei tentativi di fuga dalla giurisdizione e dalla giurisdizione ordinaria, dei quali si è fatto qualche esempio, anche in base a suggestioni provenienti da oltre oceano, dove i rimedi sono esplicitati senza infingimenti, soprattutto nell'attuale crisi economica, sembra si faccia strada il convincimento che, poiché il costo dei servizi legali è elevato e scarsamente produttivo, se ne possa fare a meno».

parte degli operatori economici e saranno sempre più spesso chiamati ad esercitare una fondamentale attività di consulenza alle parti, nonché assistere le medesime nel corso dei relativi procedimenti extragiudiziali (37). Le polemiche scaturite in seguito all'entrata in vigore del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, culminate nella ben nota pronuncia di incostituzionalità di alcuni articoli del citato testo normativo per eccesso di delega da parte della Consulta (38), ha fatto sì che venissero recepite alcune istanze provenienti dal mondo forense, favorevoli ad implementare il ruolo dei professionisti all'interno dei relativi procedimenti (39).

Tali esigenze sono state recepite dall'art. 84 della legge 9 agosto 2013, n. 98 (di conversione del d.l. 21 giugno 2013, n. 69 - c.d. Decreto del "Fare"), recante numerose modifiche al d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, che hanno stabilito, tra l'altro, un obbligo di preventiva informazione dell'avvocato al proprio assistito all'atto del conferimento dell'incarico (art. 4, comma 3), l'assistenza legale obbligatoria durante lo svolgimento del procedimento (art. 5, comma 1, richiamato dall'art. 8, comma 1), l'efficacia *ex lege* di titolo esecutivo all'accordo sottoscritto dalle parti e dai loro patroni (art. 12, comma 1), il riconoscimento di diritto della qualifica di mediatori per gli avvocati iscritti all'albo professionale (art. 16, comma 4-bis) (40).

Le citate modifiche stanno creando numerose problematiche di carattere ermeneutico agli operatori del settore, atteso che non risulta affatto chiaro – *inter alia* – se l'obbligo di assistenza legale debba estendersi *tout court* a tutti i procedimenti oppure soltanto laddove l'esperimento del tentativo risulti obbligatorio a pena di improcedibilità. Un'ipotesi concreta di chiarimen-

(37) **Camusi M.P.**, *L'introduzione del livello di mediazione preventivo inciderà in maniera positiva sulla professione legale*, in *Guida dir.*, 2010, 14, p. 11 ss., «Introdurre un livello di mediazione preventivo al ricorso in giudizio è un elemento che potrà sicuramente incidere sulla professione, esaltandone un attributo di ruolo, quello della mediazione, appunto, che gli avvocati rivestono da sempre, e inducendo una maggiore specializzazione per tale funzione che può essere acquisita».

(38) Corte costituzionale, 6 dicembre 2012, n. 272, in G.U. 12 dicembre 2012, n. 49, Prima serie speciale.

(39) **Bandini A.**, *Ruolo e funzione dei legali chiamati ad assistere le parti*, in *Guida dir.*, 2013, 35, p. 32, «Affinché i professionisti svolgano un ruolo attivo nella promozione e nella utilizzazione della mediazione è naturalmente necessario che si formino adeguatamente. È necessario che seguano corsi di formazione e aggiornamento finalizzati a fornire una conoscenza approfondita delle tecniche di negoziazione e mediazione. Un legale che assista una parte in mediazione senza avere un'adeguata conoscenza dello strumento potrà costituire un ostacolo al raggiungimento dell'accordo e, addirittura, portare a un risultato negativo e contrario agli interessi del proprio assistito. È, inoltre, di tutta evidenza come il legale abbia diritto di richiedere al proprio assistito un adeguato compenso per l'attività svolta in tutte le fasi del procedimento di mediazione».

(40) **Marinero M.**, *Torna l'obbligo di mediazione*, in <http://www.ilsole24ore.com/art/norme-e-tributi/2013-09-09/torna-obbligo-mediazione-064838.shtml?uuiid=AbzYhhUI>, secondo cui «Nella procedura diventa centrale il compito dell'avvocato. Intanto, agli avvocati è riconosciuto lo status di mediatori di diritto. Le parti, poi, dovranno essere necessariamente assistite da un legale durante tutta la procedura. E, nel caso di accordo conciliativo tra le parti, l'avvocato potrà certificare la conformità dell'accordo stesso alle norme imperative e all'ordine pubblico, attribuendogli così efficacia esecutiva per l'espropriazione forzata, l'esecuzione per consegna e rilascio, l'esecuzione degli obblighi di fare e non fare e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale».

to viene riposta dagli interpreti in relazione agli interventi che il legislatore dovrebbe apportare alla normativa secondaria di settore, atteso che l'ultimo provvedimento risulta risalente al 2011 (D.M. 6 luglio 2011, n. 145, recante modifiche al D.M. 18 ottobre 2010, n. 180). Le numerose modifiche introdotte dalla novella legislativa, tuttavia, rischiano di snaturare il modello di mediazione originariamente previsto, atteso che appaiono improntate più su aspetti procedurali aventi rilevanza pre-processuale che su profili di matrice sostanziale.

In tal modo appare compiutamente attuato l'intento legislativo di introdurre una sorta di "via italiana alla mediazione" (41), con aspetti del tutto peculiari rispetto alle esperienze formatesi in altri Paesi europei ed anche in aperta antitesi con la normativa sovraordinata di rango comunitario (42).

4. Considerazioni conclusive

Occorre evidenziare, tuttavia, che le soluzioni astrattamente proponibili sul piano normativo non possono prescindere dal fatto che l'implementazione del ricorso alle procedure complementari presuppone necessariamente una rivoluzione "culturale" di tutte le parti in gioco, fondata su di un sistema "poliedrico" di tutela dei diritti (43).

La moderna realtà dei traffici (e la conseguente risoluzione delle patologie scaturenti all'interno dei rapporti) in un sistema globalizzato necessita, per la sua concreta funzionalità, di alcuni intangibles assets (fiducia, onore, reputazione (44)) che non possono essere reperiti soltanto al-

(41) Greco A., *op. cit.*, p. 361, «Si è così inaugurato un progetto normativo ambizioso ed articolato volto ad introdurre una "via italiana alla mediazione"».

(42) Basti pensare al fatto che l'obbligo di assistenza legale previsto dalla normativa nazionale all'interno delle procedure di mediazione risulta in contrasto con l'art. 9, comma 1, lett. b), della Direttiva 2013/11/UE del 21 maggio 2013, sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori.

(43) Marinaro M., *La "doppia" obbligatorietà della mediazione. In vigore dal 21 settembre 2013*, in <http://www.diritto24.ilsole24ore.com/guidaaldiritto/civile/civile/primipiani/2013/09/la-doppia-obbligatorieta-della-medi-azione-in-vigore-dal-21-settembre-2013.html>, «Diviene così sempre più concreto e percepibile da tutti gli operatori un nuovo sistema giustizia, un sistema poliedrico che trova nella giurisdizione statale l'argine di garanzia (giurisdizione minima), ma che offre una molteplicità di percorsi diversamente orientati ed organizzati, ma tutti finalizzati alla composizione stragiudiziale delle controversie. L'approccio dell'interprete dinanzi ad un sistema in evoluzione diviene necessariamente critico-costruttivo e teso a dare coerenza allo stesso con l'obiettivo di rendere sempre più efficiente l'intero sistema giustizia».

(44) Cantino V., *Valore d'impresa e merito creditizio. Il rating*, Milano, 2002, p. 2, «Alcune aziende temono di più le associazioni dei consumatori che non le istituzioni di controllo. Infatti, costa molto di più recuperare credibilità con campagne pubblicitarie e risarcimenti volti a tacitare i soggetti lesi da comportamenti non ortodossi che non mantenere in origine un comportamento irreprensibile e trasparente, ammettendo pubblicamente le colpe su difettosità di prodotti prima di essere colti in fallo». Sul rischio reputazionale in materia di intermediazione finanziaria, si rinvia a Sironi A., *La crisi finanziaria un anno dopo: quali lezioni per le banche e le autorità di vigilanza?*, in *Econ. e management*, 2008, p. 11: «la crisi recente ha posto in evidenza anche un problema relativamente trascurato dalle banche e dagli organi di vigilanza: il rischio reputazionale. Mi riferisco al fatto che, accanto alle obbligazioni contrattuali, esistono obblighi reputazionali che le banche non possono eludere pena il restare senza finanziatori».

l'interno dell'universo giuspositivistico (45), bensì debbono necessariamente risiedere nella sfera interiore di tutti i consociati, al fine di distinguere le posizioni astratte in senso formale dai reali interessi alle medesime sottostanti (46).

La mediazione, in ultima analisi, si pone quale misura di contenimento rispetto alle forme di abuso del processo che, peraltro, non sempre sembra offrire alle parti le soluzioni migliori e più efficaci di composizione dei conflitti.

(45) **Kant E.**, *Critica della ragion pratica*, ed. it., Bari, 1996, p. 201 ss.: «Due cose riempiono l'animo di ammirazione e venerazione sempre nuova e crescente, quanto più spesso e più a lungo la riflessione si occupa di esse: il cielo stellato sopra di me, e la legge morale in me. Queste due cose io non ho bisogno di cercarle e semplicemente sopprimerle come se fossero avvolte nell'oscurità, o fossero nel trascendente, fuori del mio orizzonte; io le vedo davanti a me e le connetto immediatamente con la coscienza della mia esistenza. La prima comincia dal posto che io occupo nel mondo sensibile esterno, ed estende la connessione in cui mi trovo, a una grandezza interminabile, con mondi e mondi, e sistemi di sistemi; e poi ancora ai tempi illimitati del loro movimento periodico, del loro principio e della loro durata. La seconda comincia dal mio io invisibile, dalla mia personalità, e mi rappresenta in un mondo che ha la vera infinitezza, ma che solo l'intelletto può penetrare, e con cui (ma perciò anche in pari tempo con tutti quei mondi visibili) io mi riconosco in una connessione non, come là, semplicemente accidentale, ma universale e necessaria. Il primo spettacolo di una quantità innumerevole di mondi annulla affatto la mia importanza di natura animale che deve restituire nuovamente al pianeta (un semplice punto nell'universo) la materia della quale si formò, dopo essere stata provvista per breve tempo (e non si sa come) della forza vitale. Il secondo, invece, eleva infinitamente il mio valore, come valore di una intelligenza, mediante la mia personalità in cui la legge morale mi manifesta una vita indipendente dall'animalità e anche dall'intero mondo sensibile, almeno per quanto si può inferire dalla determinazione conforme a fini della mia esistenza mediante questa legge: la quale determinazione non è ristretta alle condizioni e ai limiti di questa vita, ma si estende all'infinito».

(46) **Von Jhering R.**, *Der Zweck im Recht*, Leipzig, 1877, secondo cui la scienza giuridica deve tendere alla ricerca degli interessi (scopi), ossia degli obiettivi materiali e morali che oggettivamente sono perseguiti dalla società in un determinato contesto spazio-temporale, che costituiscono l'elemento unificatore del diritto.